

SARMIENTO Y LOS DERECHOS DEL HOMBRE¹ SARMIENTO AND THE RIGHTS OF MAN

“Alberdi es un abogado culto y no periodista de profesión. Yo no soy sino periodista a sueldo, un “gaucho malo” de la prensa- Asumo con placer tal carácter...”²

SUSANA T. RAMELLA³

Resumen: El objetivo de este trabajo para conmemorar el natalicio de Domingo F. Sarmiento es considerar cuánto de su pensamiento sigue vigente en nuestros días y desde qué perspectivas se lo reformula o se lo mantiene en el presente. Para ello nos detenemos en su concepción antropológica y en su análisis de la Constitución de 1853, para desentrañar la relación de los derechos con el poder y sobre todo con la idea de soberanía del pueblo. Con el objeto posterior de considerar la pervivencia o no de su concepción antropológica en el derecho actual que está conmovido por la reforma constitucional de 1994, por los tratados internacionales de derechos humanos, por las nuevas perspectivas de la historia del derecho, pero entendemos demostrar que perdura en la legislación y en el pensamiento y discursos de los doctrinarios y juristas.

Palabras claves: Sarmiento – Derechos del Hombre - Constitución

Abstract: The goal of this work is to commemorate the birth date of Domingo F. Sarmiento considering how much of his ideas are actual nowadays and from which perspectives they are reformulated or presently maintained. To achieve this we take into account his anthropological conception and his analysis of the 1853 Constitution to unravel the relation between rights with power and above all with the idea of people's sovereignty. With the ulterior object of considering the survival or not of his anthropological conception in the present law, commotioned by the new perspectives of the History of Law, afforded by the constitutional reform of 1994, by international treaties in human rights. But our intention is to demonstrate that his ideas persist in the legislation and in the ideas and discourses of doctrinarians and jurists.

Keywords: Sarmiento - Rights of Man - Constitution

¹ Artículo recibido: 01/07/2011 Aceptado 01/09/2011.

Iushistoria, año 4, Nº 4 -2011-, pp. 111-145.

² SARMIENTO, Domingo Faustino, *Las Ciento y una, Polémica con Alberdi*, 1ª Ed., 1853, Bs.As., Ed. Claridad, S/F, p.34. “Primera de las Ciento y Una”, posterior a la Carta de Yungay del 13 de octubre de 1852. Sarmiento no fecha la carta pero es después de la contestación de Alberdi de enero de 1853.

³ Historiadora, doctorada en Historia en la U.N.Cuyo. Profesora titular en la Facultad de Ciencias Políticas y Profesora Asociada en la Facultad de Derecho, Investigadora Independiente del CONICET, en el Instituto de Ciencias Humanas, Sociales y Ambientales (INCHUSA), del Centro de Ciencia y Técnica de Mendoza. Miembro Titular del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos de Mendoza, del Instituto de Historia del Derecho de Buenos Aires; Miembro correspondiente del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas – Dr. Roberto I. Peña, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba entre otros. Autora entre otras obras de *El Radicalismo Bloquista en San Juan (1916-1934)* Gobierno de San Juan, 1985; *Orden Jurídico con Justicia para la Paz, en el pensamiento de Pablo A. Ramella*. Universidad Católica de Cuyo, 1995, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, U.N. Cuyo, (2004), Editora Y directora de los siguientes proyectos de la SECYTP: AA.VV. *Poder, propiedad y propiedades en Argentina*, en <http://bdigital.uncu.edu.ar/bdigital/fihas.php>, 2008, AA.VV. *Transformaciones del Estado – nación ante el fenómeno del nuevo paradigma jurídico antropológico*, en <http://bdigital.uncu.edu.ar/fihas.php>, 2009 y de artículos en revistas especializadas en Historia del Derecho, en Argentina y en el extranjero.

Introducción

El epígrafe está impregnado de ironía y de verdad. En el primer caso, porque se sentía muy lejos de los gauchos malos o buenos y, en cierto modo, porque también cree que Alberdi lo menosprecia por no tener una instrucción académica, así como él menospreciaba a los gauchos. En el segundo, porque no era abogado como Alberdi, cuestión que reitera varias veces en *Las Ciento y una*. Pero nos presenta a Sarmiento, polémico sí, lo dicen todos los múltiples autores que lo investigan en las variadas facetas de su personalidad.

En nuestro caso, comenzamos con este párrafo de Sarmiento, porque nos conduce al objeto de estudio que deseamos desarrollar, partiendo de un análisis de su pensamiento desde las nuevas perspectivas de la historia del derecho, preguntarnos cuál es su idea de los derechos que deben **reconocerse**, según la terminología de la época, entendiendo que no se le otorgan a la persona, sino que estaba en la naturaleza de ella. Y, como tal, el mismo nos sugiere varias preguntas que pretendemos intentar responder.

Se conmemora a Sarmiento al cumplirse los doscientos años de su nacimiento ni siquiera en el centenario de su actuación pública ¿se supone que su pensamiento debería estar vigente o está vigente? Lo mismo ocurrió el pasado año con el bicentenario de la Revolución de Mayo y sucederá con los bicentenarios que seguirán haciéndose en el transcurso de los años venideros, ya sea por el nacimiento de alguna personalidad descollante o por su fallecimiento. Y nos preguntamos: ¿por qué en un mundo en cambio y en transformaciones profundas, se conmemoran esas fechas? ¿es la necesidad de hacer pie en la historia para lograr algunas certezas institucionales, constitucionales, después de tantas violaciones a la misma en el transcurso de la historia argentina? ¿Se pretende volver a las raíces, encontrar respuestas, seguridades que no alcanzamos a vislumbrar?

Ricardo Rojas decía que debíamos traerlo a Sarmiento:

...a la actualidad e incorporarlo como viviente fuerza espiritual, no para adoptar sumisamente sus ideas, sino para admirar el ejemplo de su vida y confrontar su pensamiento con las realidades sociales de nuestro tiempo (...) el día que los argentinos dejemos de apasionarnos por los temas que a él le apasionaron, será triste señal de que la conciencia histórica de nuestro pueblo ha entrado en su ocaso (...) Repensar sus temas, pues, y enfrentar los problemas nacionales de nuestro tiempo como él enfrentó los del suyo. Revisar su ideario para superarlo.⁴

Cuestión que entiendo sigue presente y que considero importante desarrollar, en especial la pervivencia o no de su concepción antropológica. Si bien, son otros sectores sociales los que producen rechazo en la actualidad, sigue el menosprecio, por distintas

⁴ Discurso pronunciado por Ricardo Rojas, al incorporarse a la Academia Nacional de la Historia, citado por Ramella en la Clausura del Congreso realizado para conmemorar el 50 aniversario de la muerte de Sarmiento, en el Congreso Argentino de Educación, los días 6 al 11 de septiembre de 1938 Cfr. RAMELLA, Pablo A., Sarmiento, San Juan, 1988, pp.11 y 12..

razones, a grupos sociales por ser diferentes, por su pobreza, su falta de recursos, de instrucción, su ideología, en fin por un imaginario colectivo que ve en el otro, sea la diferencia que sea, alguien peligroso para su propia estabilidad.

El otro problema que deseamos plantear es la imposibilidad de desprender el pensamiento sociológico de Sarmiento, como lo entiende Ingenieros⁵, de su idea de la construcción del Estado, de la constitución, de las instituciones que debían regir en Argentina, porque entendemos que están íntimamente imbricados. Por ello, nos preguntamos por qué analizar el aporte del autor que tratamos desde la jushistoria si Sarmiento no era jurista, ni abogado. Esta es una pregunta si se quiere capciosa. En los años de actuación política de Sarmiento por la forma en que le escribe a Alberdi, se advierte que comienza a perfilarse la idea de disciplinas aisladas, con objetos de análisis exclusivos y con una metodología precisa pero hoy eso mismo está cuestionado. Como dice Sousa Santos refiriéndose a la idea del derecho en la modernidad, es:

...un trabajo académico limitado (...), que ha reproducido el aislacionismo –e incluso la marginalidad – de las disciplinas, tanto de la sociología del derecho como de la antropología del derecho (...) De hecho, la llamada autonomía del derecho, tan preciada en la teoría jurídica, fue posible gracias a la conversión del Estado en una “estructura ausente”.⁶

Por consiguiente interesa ver la complejidad del pensamiento de Sarmiento atendiendo fundamentalmente a la relación derechos y poder que expone especialmente en *Comentarios de la Constitución* pero que se inicia en su *Facundo* y profundiza en *Conflictos y Armonías de las razas en América*. Es importante analizarlo desde las nuevas perspectivas de la historia del derecho y ubicarlo no en el bicentenario de su nacimiento sino en sus escritos tanto en el exilio como en su actuación pública, pero mirado desde el hoy. Veremos que perviven muchas de sus ideas de organización del país y sobre todo se mantienen firmes sus descalificaciones de grupos que él no consideraba civilizados en la cultura de la modernidad que él veía sólida en los EE.UU., no tanto en Europa.

Hemos titulado derechos del hombre y no humanos, porque era la denominación de la época después de la Revolución Francesa, pero con la intención de compararlo al concepto actual de derechos humanos.

⁵ INGENIEROS, José, “Las ideas sociológicas de Sarmiento”, Prólogo de la obra de Sarmiento, *Conflictos y armonías de las razas en América*, 1ª Ed. 1884, Bs.As., Ed. La Cultura Argentina, 1915, p.10. Allí se pregunta el prologuista si es un verdadero sociólogo, y considera que no “*ha creado una teoría o una doctrina*” que lo sigue a Spencer, pero que esta obra “*es un feliz tanteo del método sociológico*”,

⁶ SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de Colombia, 2002. p. 29

Los Derechos y la Constitución

“...no es tanto el texto de las constituciones políticas lo que hace la regla de los poderes públicos, como los derechos de antemano conquistados y las prácticas establecidas.”⁷

Sarmiento nace en el año en que, desaparecido el Virreinato del Río de la Plata, se había comenzado a pensar cómo se organizaban los poderes, los derechos en un nuevo gobierno cual era el Primer Triunvirato, que dio lugar al Reglamento Orgánico y, posteriormente a una serie de reglamentos, estatutos, constituciones que no lograban llegar a feliz término por una serie de circunstancias que no viene al caso reseñar ahora⁸.

Sarmiento sí lo hace, desde su perspectiva, y muestra esa relación entre poder y población de base, luego de comparar la Constitución de EE.UU. y de sus representantes en el Congreso, todos ellos sajones, con nuestros cabildos abiertos y asambleas, dice:

De ahí provenía que nadie, o pocos, se apasionasen por la forma de gobierno; no se profesaban doctrinas muy claras sobre la división de poderes ni la representación del pueblo, porque el Cabildo abierto sólo admite los notables de la ciudad, apartando al pueblo del lugar de la reunión, como lo repiten las actas de la época. En el pueblo vendrían indios, negros, mestizos y mulatos, y no querían abandonar a números tan heterogéneos la elección de los magistrados, si estos habían de ser blancos, de la clase burguesa y municipal.⁹

Luego de este comentario se podría pensar que nuestro autor en cuanto llegue el momento de sancionarse una Constitución tendría otros conceptos referidos al pueblo, pero como veremos no es así.

Cuando se sanciona la Constitución de 1853, exclama:

Eureka...no en relación a nosotros mismos sino con respecto al Congreso, quién ha señalado y abierto un camino anchísimo, al adoptar no sólo las disposiciones fundamentales de la Constitución de los Estados Unidos, sino la letra del preámbulo y gran número de disposiciones constituyentes.¹⁰

Festeja con reservas como se puede apreciar en el texto transcrito. Lo que más aplaude es la similitud con la constitución de EE.UU. Criticará, según los temas, cuando se aparte de ese texto constitucional o los justificará en razón de nuestra herencia colonial que según su visión, era muy distinta a la del país del norte que había aprendido,

⁷SARMIENTO, Domingo F., *“Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina”*, 1ª Ed. 1853, Buenos Aires, Sociedad de Abogados Escritores, Administración Aldo de Rosso, S/F., p.3.

⁸ Este tema lo he trabajado en RAMELLA, Susana T., “Perfil y atribuciones del Ejecutivo en los comienzos constitucionales argentinos”, en *Atribuciones del Presidente argentino*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. D.Pérez Guilhou Editor, Buenos Aires, Desalma, 1986, pp.37-104.

⁹ SARMIENTO, *Conflictos ...* (3), p. 342

¹⁰ *Idem. Comentarios ...*(5), p. 3

heredado, el ansia de libertad. Nos interesa extraer más que su idea del poder, su idea de los derechos y su relación con el poder y más que ello con la soberanía del pueblo¹¹. De ahí el epígrafe que anticipa su reducido interés a dedicarle un gran espacio a los derechos garantizados en el texto constitucional, porque fundado en el jusnaturalismo, entiende que estos son fundamentalmente una conquista del pueblo a los que no se le otorgan los derechos sino que se les reconoce simplemente. ¿Es así?, nos preguntamos, o ¿se les reconocen a algunos y a otros no? como según él pasaba en las primeras asambleas patrias.

Para Pérez Guilhou es un jusnaturalismo en el que incidieron dos fuentes: la cristiana y la racionalista. Para Ramella está inspirado en el jusnaturalismo cristiano solamente y ambos consideran que esta vertiente se la inculcaron sus tíos “sacerdotes liberales” dice Pérez Guilhou, según el segundo autor “por las enseñanzas de su pariente el clérigo Oro”, porque ya lo decía el teólogo español Suarez en su *“Tratado de las leyes y de Dios legislador”*¹² Educación que recordará el mismo Sarmiento en su última obra:

El autor –dice en tercera persona- como sucedía antes en las Provincias, entre los de su familia, entre cuyos deudos contemporáneos se contaron dos Obispos, un diputado al Congreso de Tucumán que declaró la Independencia y un Capellán del N° 11 de los Andes, con quien vivió años, recibiendo diariamente en interminables monólogos, como si una alma se vaciara en otra, como un líquido generoso, en vasija nueva, todas las ideas dominantes hasta 1826, de independencia, de constitución federal o unitaria, de religión, con la historia occidental de las guerras, de los hombres, de los partidos, etc.¹³

Sin entrar a considerar en profundidad las diferencias entre uno y otro jusnaturalismo, como hace Segovia¹⁴, a nuestro juicio, sea una u otra vertiente ideológica que, indudablemente, difieren en los fundamentos y en el origen de los derechos naturales si Dios o la razón, no se oponen en la concepción del hombre en sí, pues en ambas en su aplicación concreta, más allá de lo que diga Sarmiento de los primeros

¹¹ Para un análisis pormenorizado de la idea de poder en la Constitución cfr. PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Sarmiento y la Constitución. Sus ideas políticas*, Mendoza, Ed. Fundación Banco Crédito Argentino, 1989, es un pormenorizado y documentado análisis del mismo, entre otros numerosos ensayos e investigaciones sobre el tema.

¹² RAMELLA, *Sarmiento ...*(2), reimpresión del discurso pronunciado en el Museo Histórico Sarmiento, el 11 de septiembre de 1947, p.20.

¹³ SARMIENTO, *Conflictos y armonías...*(3), p. 448.

¹⁴ SEGOVIA, Juan Fernando. “¿Qué derecho estudia y enseña la Historia del Derecho?- A propósito del natural law or the science of justice de Lysander Spooner-“, en AA.VV., *Perspectivas y desafíos de la Historia del Derecho Argentino*, coordinado por Marcela Aspell, Córdoba, Advocatus, 2010, ps. 520-523. El autor define la ley y el derecho natural racionalista como “general, abstracta, universal”, con un contenido moral sí, “porque es una ley ética”, pero no dice qué es lo justo, la justicia y lo distingue del otro jusnaturalismo de origen católico, fundado en Santo Tomás, según el cual “*el derecho no se confunde con la ley, porque no es mandato sino la aprehensión de lo justo (...) que no se refiere a un hipotético estado natural del hombre, sino la vida de relación de los hombres... según cierta igualdad ... se abre al derecho humano, que por definición es histórico e imperfecto*”

constitucionalistas de la Revolución de Mayo, él tampoco entendía que dichos derechos los tenían por igual los blancos, los negros o los cobrizos, como denomina a los indígenas y no hubiera permitido que dichas étnias llegaran al poder o fueran representadas en el Congreso.

La idea de persona que prevalecía en la Colonia y en el momento que escribe Sarmiento, no difiere mayormente porque, como digo en otro trabajo,¹⁵ del aquel orden estamental y jerárquico del Antiguo Régimen, inspirado en Justiniano, reafirmado por el cristianismo, concebido como una igualdad substancial del ser humano pero con desigualdades reales según la pertenencia a un pueblo, estamento, religión o la condición de edad, sexo, familia, cada uno con sus fueros y libertades especiales según su categoría; se pasa a la idea abstracta y genérica de individuo homogenizado del liberalismo, sujeto de una igualdad teórica ante la ley. Ese individuo no corporizado en ninguna persona real, se encarna luego en un darwinismo social¹⁶ que distingue a las personas según supuestos determinismos biológicos, culturales, sociales, económicos, en el que sobrevive el más fuerte, más poderoso. Perviviendo esa sociedad estamental al idealizar dos estamentos: los superiores y los inferiores. La superioridad los hace aptos, capaces, sujetos de derechos y los inferiores, en esa mentalidad spenceriana, quedaron excluidos por su incapacidad de sobrevivir, fundamentalmente, como homo oeconomicus. Y Sarmiento, en especial, consideraba que con Spencer se entendía, “*porque –dice- andamos el mismo camino*” de ahí que, para él, había dos sectores en el pueblo los *civilizados* y los *bárbaros*¹⁷

Por consiguiente, cuando el sanjuanino se refiere al poder, al gobierno, lo último que piensa es que todos tienen el mismo derecho a ejercerlo u ocuparlo. Con esa idea lo critica a Alberdi quién decía en una de las Cartas Quillotanas y que transcribe el destinatario: “*la política que no sepa apoyarse en nuestros rotos y guasos desconocerá la única palanca de nuestra organización y progreso*”; mientras él considera que se separa del partido conservador, porque “*no he buscado jamás –dice- el progreso en esa base, ni la organización tampoco.*”¹⁸ En realidad ambos tienen una concepción antropológica similar, pero en esta polémica Alberdi, habiendo leído ya el *Facundo, Civilización y barbarie* y conociendo de antemano la reacción de su contrincante, aparenta querer rescatar para el gobierno a esos sectores de la población, pero no es lo que uno lee en su obra *Bases* que fue una de las fuentes y tal vez, la más importante, de la Constitución de 1853¹⁹.

¹⁵. RAMELLA, Susana T., “El derecho a la diferencia”, en *Cuadernos de Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, Roberto Peña, N° 17, Córdoba, 2007.

¹⁶ Sobre el darwinismo social he trabajado en RAMELLA, Susana, *Una Argentina racista. Historia de las ideas acerca de su pueblo y su población (1930-1950)*, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, U.N.Cuyo, 2004, Cap.VII.

¹⁷ Carta de Sarmiento de Francisco P. Moreno, Bs.As., abril 9 de 1883, en *Conflictos...*(3), p.407.

¹⁸ SARMIENTO, *Las ciento y una...*(1), p. 69.

¹⁹ ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partido para la organización política de la República Argentina*, 1ª Ed. 1852, 5ta. Reedición, textos revisados por Francisco Cruz, Talleres Gráficos Argentinos, Bs.As., Rosso, 1933, p.90. Decía Alberdi en esa obra: “*Hacer pasar el “roto”, el “gaucho”, el “cholo”, unidad elemental de nuestras masas populares por todas las transformaciones del mejor*

Por eso es importante ver qué derechos expone Sarmiento en su *Comentario* porque de ellos se desprende a quiénes se le reconocen esos derechos y a quiénes no.

Sarmiento y los Derechos

Para analizar el pensamiento y los fundamentos que esgrime Sarmiento en sus obras, en los escritos próximos o posteriores a la sanción de la Constitución de 1853, en especial en sus *Comentarios*, es importante contextualizar el momento, no sé si epistemológico, pero sí ubicarlo en ese tiempo, posterior a la Revolución Francesa en que se buscan las certidumbres, las certezas que aseguren la comprensión del mundo natural, en general, y de las instituciones en particular, que aseguren derechos que se creían habían sido otorgados discrecionalmente en el Antiguo Régimen. Es decir, ubicarlo a Sarmiento en ese mundo del que todavía no había pasado un siglo, en que se pretendían destruir todo lo que significara el despotismo, el absolutismo, los fueros especiales, para suplantarlo por otro paradigma del derecho, universal, igualitario, legitimado por la soberanía del pueblo, que contuviera a ese hombre-individuo, abstracto, ideal, con igualdad ante la ley. Para ello, además de lo dicho ut supra, nada mejor que citar a una de las fuentes del pensamiento de Sarmiento precisamente en la comparación del orden jurídico anterior, complejo, pluralista, con el universal, simple, lineal que se les plantea a los fines de cambiar el titular del poder y darles derechos a los ciudadanos y cómo, bajo las aparentes certezas se observa una gran incertidumbre.

La idea de poderes secundarios –dice Tocqueville–, emplazados entre el soberano y los súbditos, se presentaba naturalmente ante la imaginación de los pueblos aristocráticos, porque esos poderes encerraban, las luces, las riquezas, mantenían fuera de comparación y parecían destinados a mandar. Esta misma idea está naturalmente ausente del espíritu de los hombres, en los siglos de igualdad, por razones contrarias, no se puede introducirlas en ellos más que artificialmente... mientras que conciben en cambio la idea de un poder único y central que por sí mismo conduce a todos los ciudadanos. (...) y la que se presenta más espontáneamente en el espíritu de los hombres, en los siglos de igualdad, es la idea de una legislación uniforme... Los más mínimos privilegios repugnan... (y) esa misma noción de una regla uniforme... es extranjera al espíritu humano de los siglos aristocráticos

Estas inclinaciones opuestas de la inteligencia acaban, por una y otra parte, por convertirse en instintos tan ciegos y en hábitos tan invencibles que siguen dirigiendo las acciones, a pesar de los hechos particulares²⁰

Tocqueville había nacido en 1805, Sarmiento seis años después. El francés venía de una familia aristocrática que buscó en América:

sistema de instrucción, en cien años no haréis de él un obrero inglés que trabaje, consuma, viva digna y confortablemente”

²⁰ TOCQUEVILLE , Alexis, *La democracia en América*, (1835-1840), Selección y notas de J.P.Mayer, Madrid., Ed. Orbis, 1985, Cap. 33 “Que las ideas de los pueblos democráticos en materia de gobierno son naturalmente favorables a la concentración de poderes”, p. 241.

...una imagen de la democracia misma, de sus inclinaciones, de su carácter, de sus prejuicios, de sus pasiones, he querido conocerla aunque no sea más que para saber, por lo menos, lo que debemos esperar o temer de ella.²¹

El sanjuanino había “nacido en la pobreza, criado en la lucha por la existencia, más que la mía –dice- de mi patria, endurecido a todas las fatigas...”²². “Descendía de los Sarmientos y los Albarracines, ambas de origen noble, como casi toda la gente principal de los pueblos del Virreinato...” dice Manuel Galvez²³. En una provincia que “conservaba los rasgos del antiguo régimen colonial(...)que reproducía en su seno a la sociedad estamental que España había instalado en America... Esas fueron las primeras impresiones del pequeño Domingo Faustino envueltas por el eco del pasado: su condición señorial en la pobreza, su linaje de conquistadores, colonizadores y cabildantes...”, dice Botana²⁴

Es decir, ambos tendrían un origen hidalgo pero lo único que demuestra y por eso lo resaltan los autores, es que perviven en el siglo XX la ponderación de la pertenencia a alguna jerarquía social, como si esa característica fuera determinante y no algo circunstancial sin una indagación profunda de la significación que pudo haber tenido en el pensamiento de ambos. Considero que es más importante observar que tanto uno como otro están en la bisagra de dos mundos, dado que son coetáneos, pero no en la misma bisagra salvo en un aspecto: buscar el ejemplo en los EE.UU. Los separa el espacio y la historia de dos continentes diferentes. Uno observa el pasado sin descalificarlo y a la Revolución Francesa en Europa, en especial en Francia, viendo que no logra cristalizarse, en especial la igualdad y la libertad. El otro, estrictamente también observa esa dificultad en Europa y sobre todo en Argentina y más que denostar a la colonia, denostó a Juan Manuel de Rosas, los caudillos, en los que no veía posible, en la base del pueblo todo, la posibilidad de arraigar el progreso, la civilización, entendiendo que es sólo la civilización occidental y tampoco que fuera un pueblo soberano. Cuestión que Tocqueville no descalifica explícitamente al pueblo francés, por el contrario.

Por ende, de todos los derechos, entre libertad e igualdad, va a preferir la libertad. Pérez Guilhou lo ubica acertadamente en la construcción de un Estado liberal y destaca los derechos a la vida, la libertad, la reputación, la seguridad y la propiedad, o a la propiedad y a la vida y cita a Sarmiento en un artículo escrito en Chile en 1841, quien decía:

El sistema colonial nos ha habituado a esperar todo de las autoridades constituidas, sin pararnos en que en materia de progreso incumbe a los gobiernos promoverlo y allanar el camino para su realización. De este modo gobierna el pueblo, trabajando directamente y sin la intervención de autoridad alguna en

²¹ Citado por MAYER, J.P., en el Prólogo de IBÍDEM, p.6.

²² Palabras de Sarmiento citadas por BOTANA. Natalio R., *Domingo Faustino Sarmiento. Una aventura republicana*, Bs.As., Fondo de Cultura Económica, 1996, p.9-10.

²³ GALVEZ, Manuel, *Vida de Sarmiento. El hombre de autoridad*, Bs.As., Ed. TOR, 1957, p.8.

²⁴ BOTANA, Natalio R *Domingo Faustino...*(20), p. 10.

procurarse su bienestar. No es esta una teoría irrealizable, es un hecho existente donde quiera que el pueblo es todo y el gobierno lo que debe ser.²⁵

En efecto, por eso en sus *Comentarios*, cuando analiza la constitución ya sancionada, no se detiene tanto en los derechos sino en cómo se organiza el poder. Fundado, como se dijo en el jusnaturalismo y en la Constitución de EE.UU., de la que dice “*creyó innecesaria en un gobierno libre, en posesión indisputada de esos derechos, la consignación paladina de cada uno de ellos...*” Pensando que era más importante en una monarquía que en una república²⁶.

No obstante, considera que en la América española, es necesario establecerlo pues llevaba medio siglo luchando por:

...las libertades que hacen la gloria y la prosperidad de la otra parte de la América (...) mostrándole los instrumentos de ese engrandecimiento, los límites del poder público y los derechos de los gobernados que no han de atropellarse, so pena de ser sumidos de nuevo en el abismo de males de que acabamos de salir (se refiere a Rosas). La declaración de derechos tiene, pues, no sólo por objeto poner coto a los desbordes de los poderes públicos, sino educar y edificar la conciencia individual, señalar límites a la voluntad, al ardor, a la abnegación y aún al odio de los partidos, mostrándoles lo que no se debe, ni puede sin crimen desear, querer pedir o ejecutar.²⁷

Así, pondera la Constitución de 1853 que, apartándose en parte de la de EE.UU. enumera algunos derechos y funda el análisis de los mismos en el Preámbulo y en la Declaraciones Derechos y Garantías, pero no se detiene puntalmente en todos los derechos consagrados en el art. 14.

1. Los derechos y la constitución ¿para quiénes?

Entre los propósitos que esgrime para comentar la Constitución, está la necesidad de tomar la ciencia y experiencia de los constituyentes, doctrinarios y jurisconsultos de la Constitución de EE.UU., que han bebido de las libertades inglesas, consolidadas en una larga práctica y confirmada por la resistencia que opusieron ante los avances del poder del Rey. Tras esos argumentos, presenta una especie de definición de los derechos y quiénes son los sujetos de esos derechos.

Dícesenos que los pueblos no están en estado de usar de instituciones tan perfectas. Si hubiésemos de juzgar por ciertos hechos de la República Argentina, diríamos que esos pueblos no están preparados sino para degollar, robar, haraganear... Ahora una constitución no es la regla de conducta pública, para todos los hombres. La constitución de las masas populares son las leyes ordinarias, los jueces que las

²⁵ OBRAS COMPLETAS, tomo IX, p.338, citado por D.PEREZ GUILHOU, *Sarmiento...* (9), p. 158.

²⁶ SARMIENTO, D.F. *Comentarios...* (5), p.61. Claro que aclara después, que ante la protesta de los otros estados, reconsideraron la enumeración los derechos, primero copiando la Constitución del Estado de Virginia. Agrego que para 1870, habían incorporado quince enmiendas, la primera: libertad de culto, de expresión, de prensa, petición, y de reunión. Luego la abolición de la esclavitud, y en el año mencionado el sufragio racial.

²⁷ ÍDEM, p.64

aplican y la policía de seguridad. Son las clases educadas las que necesitan una constitución que asegure las libertades, de acción y de pensamiento; la prensa, la tribuna, la propiedad, etc. Y no es difícil que éstas comprendan el juego de las instituciones que adoptan.²⁸

Como se puede observar es clarísimo y consecuente con sus ideas expuestas en el *Facundo* y que profundizará en *Conflictos y armonías de las razas en América*. Es decir las leyes ordinarias eran para el vulgo, para la masa que evidentemente no considera “**pueblo soberano**” y, por lo tanto, está diciendo que los derechos enumerados en la Constitución no abarca a ese grupo humano. Si seguimos la antinomia presentada por Sousa Santos se podría decir, las *clases educadas* serían las únicas comprendidas en esa tensión entre regulación - emancipación, es decir la regulación de sus libertades²⁹.

2. La libertad: derecho base de los demás para la gente civilizada

En el Preámbulo resalta como derechos: la libertad, la propiedad, la justicia. La primera es esencial en él, la combina con la extensión de ella a todos los hombres del mundo, con la propiedad y con la justicia.

Como la libertad es el centro del que se irradia a todos los demás derechos, insiste en ella en dos partes de su análisis del Preámbulo: en un primer momento, sustrae la frase del preámbulo que dice “y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”, para comentarlo y páginas después, completará la frase para exhibirse concretamente sobre la libertad, en la parte que antecede a lo anterior que es “Asegurar los beneficios de la libertad para nosotros...”

Compara el preámbulo de los EE.UU. que aseguraba la libertad “para nosotros mismos y nuestros descendientes”, con el nuestro y agrega “*Tal declaración importa una invitación a **todos** los hombres del mundo a venir a participar de las libertades*”³⁰. Por esa razón el Estado argentino se convierte en colonizador.

Para una interpretación adecuada, conviene parafrasear a Genaro Carrió. No es cierto que las reglas sean aplicables de la manera **todo o nada**, “*los principios que no satisfacen los requisitos de la regla de reconocimiento quedan fuera del derecho*”³¹. En este caso las personas que no están en el imaginario del progreso, de la civilización, que

²⁸ ÍDEM, p.5.

²⁹ SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Crítica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Bilbao, Ed. Desclée de Brouwer, S.A., 2000, ps.138 y ss. El autor considera que “la tensión entre regulación y emancipación que caracterizó la recepción del derecho romano era parte integrante del proyecto histórico de la nueva burguesía europea, en lucha por la conquista del poder económico y cultural, y, por último, del poder político.” En otro libro más reciente, titulado *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*, Bs.As., Consejo Latinoamericano de Ciencias sociales, CLACSO, Prometeo Libros, 2010, p.21. Opone al binomio *regulación - emancipación*, el de *apropiación - violencia*, que correspondería al primer grupo mencionado por Sarmiento.

³⁰ SARMIENTO, *Comentarios...*(5), P. 30

³¹ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 3era. Ed., Bs.As., Abeledo Perrot, 1986, p. 228-229,

vendría a ser la regla, no podían disfrutar de la libertad, ni del espíritu colonizador del Estado. O, como diría Ricoeur, hay que “*descifrar el sentido oculto en el sentido aparente, [y] desplegar los niveles de significación implicados en la significación literal*”³², en especial de la misma Constitución, porque en Sarmiento es más evidente su deseo de modificar la población de base con lo que él supone *clase educada*.

Cuando resalta “todos los hombres del mundo” y hace la comparación con EE.UU. en el momento que ellos sancionaron su constitución, es cuando descifra bien la significación de **todos**. Éramos iguales en cuanto a la amplitud del territorio y su escasa población, pero se diferenciaban de nosotros porque ellos fueron poblándose con “*ingleses, holandeses, franceses y hasta suecos*”. Mientras nosotros:

(como) España cerró sus colonias a todos los hombres de otra estirpe, idioma y creencia que la suya propia, de donde resultaba un sistema de instituciones exclusivas y prohibitorias que conculcaban todos los principios de libertad, de acción y de pensamiento, sin los cuales la población del territorio es imposible, el gobierno una tutela o una tiranía, y la pobreza, la debilidad y por tanto la inferioridad como nación...³³

Lo que oculta en las dos Américas, son los indígenas que eran los primeros habitantes. Por consiguiente cuando la Constitución y Sarmiento dicen **todos los hombres**, evidentemente son los de las nacionalidades mencionadas, no otras, ni otros pueblos, ni siquiera de España. Cabría preguntar si el significado de la palabra hombre responde únicamente a esas nacionalidades, los otros ¿son hombres? Evidentemente no, por ello comentando la inmigración china a los EE.UU. la caracteriza como “*enjambres de bípedos baratos*”³⁴

Otra cuestión que merece señalarse en el pensamiento de Sarmiento y, en el de toda la dirigencia política argentina de los años de su actuación, incluso vigente hoy, es la admiración de países que habían cambiado su sistema productivo agrícola por la industrialización. En los cuales ellos observaban un gran crecimiento económico y que por su sola incorporación al suelo argentino, traerían hábitos de progreso portadores de riqueza. Sin observar que esos grandes flujos migratorios que salieron de esa Europa industrializada hasta mediados del siglo XIX, compuesta fundamentalmente con las naciones que ponderan y que prosiguió después hasta la primera Guerra Mundial, con otras nacionalidades no tan admiradas, eran aquellos que no pudieron adaptarse a los nuevos sistemas productivos, por ende eran los pobres de esa Europa rica, o los perseguidos política e ideológicamente.³⁵

Esa es la razón por la cual el sanjuanino considera que no sólo se iba a acrecentar la población sino

³² RICOEUR, Paul, *El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de hermenéutica*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, p.17

³³ SARMIENTO, *Comentarios...*(5) p. 31.

³⁴ SARMIENTO, *El Nacional*, Bs.As., septiembre de 1878.

³⁵ Esta cuestión la analizo en RAMELLA, *Una Argentina racista...*(14), p.130

...la riqueza; dos elementos de la fuerza y espectabilidad de las naciones, cuando son vivificados por la libertad que despierta en el hombre la energía moral, intelectual y física, y las garantías que son la salvaguardia de la propiedad y de la vida que son como la causa y el efecto de la libertad.³⁶

En ese párrafo están los otros derechos vinculados a la libertad, la propiedad y la vida. Junto con ello la distribución de tierras, la colonización, como decía. Es decir piensa más en el **homo oeconomicus** que lo ve representado en el europeo que vendría y no en el hombre autóctono, o descendiente de colonizadores, claro que les concede la posibilidad de mestizarse³⁷.

En el título en el que cita completamente el texto del Preámbulo en el que se asegura la libertad, vuelve a insistir en las bondades de ella pero para compararla con los regímenes de poder. Fundado en Tocqueville que decía “*nada hay más fecundo en maravillas que el arte de ser libre; pero nada hay más duro que el aprendizaje de la libertad*”. Así es como Sarmiento hará el parangón con el gobierno de Rosas que califica como “despotismo salvaje” pero agrega más adelante “los excesos del despotismo enseñan a amar la libertad”. Y con Story, lo considera la base del principio de justicia, insistiendo que era para “ensanchar los cimientos de gobierno” para todos los hombres del mundo, “asegurándoles derechos iguales”.³⁸ Este es una de las pocas veces que habla de igualdad, como dijimos antes y veremos más adelante, claro que debe entenderse la igualdad ante la ley, como la explica Tocqueville, para que no haya dudas.

No obstante, asegura que los beneficios de la libertad eran también para las minorías. No especifica a cuáles minorías se refiere, pero indudablemente la idea central es asegurar a los inmigrantes esos beneficios. Junto a ello distingue en varios puntos de su obra la necesidad de asegurar la libertad de prensa. Este es uno de los derechos fundamentales, más para él, un hombre polémico que desde el exilio o en la prensa nacional hacía uso de su palabra para criticar, alabar, o denostar aquello que no cuadraba con su pensamiento. Un ejemplo de ello son *Las ciento y una*, en las que no ahorra epítetos y muestra toda la vigorosidad de su pensamiento.

3. “Profesar libremente su culto”

De los derechos y garantías se detiene a considerar este derecho, tanto el art. 2 del sostenimiento del culto católico, como en el art. 14, el único derecho en el que se explaya es el que otorga libertad para ejercer el culto según las creencias de las personas, y en el art. 64, inc. 15, que después de la reforma de 1860 es el 67, inc.15

³⁶ SARMIENTO, *Comentarios...*(5), p.32.

³⁷ “*Pero si tenemos tierras no poseídas por nadie todavía, no debe perderse una hora, un momento, sin ponerla a disposición de aquellos que han de venir a poblarlas. La naturaleza misma está indicando que la inmigración debe venir a poblar el suelo; y poblar la tierra no es otra cosa que continuar la regeneración de nuestras razas indias con las nuevas poblaciones europeas*”, lo dice Senado Nacional sesión del 12-10-1875.

³⁸ SARMIENTO, *Comentarios...*(5) pp.52 y 53.

De los biógrafos de nuestro autor es raro el que no dedica varias páginas para dilucidar si era católico, si era masón, creyente, etc.³⁹ En verdad, no interesa aquí entrometerse en ese debate, sino destacar el afán de él de propiciar y aplaudir la libertad de cultos, porque más allá de sus creencias está la necesidad de atraer la inmigración inglesa, sobre todo, que era anglicana. Por otra parte, mostrar la contradicción de ese principio, en él y en la Constitución, cuando en el artículo 67, inc. 15 autoriza al Congreso a “convertir a los indios al catolicismo”, cláusula que ningún autor cuestiona en ese debate.

Dedica un largo espacio al art. 2, por el cual “el gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico y romano”. Sin criticar excesivamente este artículo que “*se separa completamente*” de la Constitución de EE.UU., entiende que es de tal “*gravedad*” el asunto que era conveniente detenerse en él⁴⁰. En verdad, en la Convención Constituyente de 1853, se suscitó un debate en la que intervinieron Manuel Pérez, Seguí, Leiva, que propusieron que la religión del Estado fuera la Católica, alegando que era la “única y verdadera”, mientras que Gorostiaga, Lavaysse y otros, consideraron en el mismo sentido de Sarmiento, que se justificaba porque el Gobierno tenía el ejercicio del patronato y por ende debía sostener el culto en el que intervenía en nombramientos, rescriptos, pases, pero sin declarar que era la única religión verdadera, porque, dice Gorostiaga, “*no todos los habitantes de la Confederación ni todos los Ciudadanos de ella, son católicos...*”⁴¹.

Nuestro autor no desea introducirse en un debate dogmático, sí le interesa señalar los tratados internacionales remitiéndose al Art. 31 de la constitución que fija la pirámide jurídica del Estado y, por la cual, igual que las leyes de la confederación eran leyes supremas de la nación. Es interesante consignar el rango que da a los tratados que le permite decir a Sarmiento:

Sin que la constitución lo dijera, los tratados existentes son la suprema ley de la nación; son cortapisas y límites puestos por la fe pública empeñada a la voluntad de un pueblo que no es libre de violar sus más solemnes compromisos, preexistentes a la convocación del Congreso que deben obrar en conformidad con los pactos ya celebrados”.⁴²

Es anticipatorio de lo que la reforma de 1994 establecerá respecto de los tratados, dándole rango constitucional a los que garantizan los derechos humanos, claro que habría que ver qué diría Sarmiento sobre ello. En realidad, él se está refiriendo al

³⁹ VIDELA, Horacio, “Sarmiento, Acusación y Defensa”, Separata de la Revista de la Junta de Estudios Históricos de Mendoza, Segunda época, N° 5, Mendoza, 1968., p. 78, El autor observa que de las más de ciento cincuenta libros y monografías sarmientinas, la figura de Sarmiento es admirada, polemizada, criticada, y de las diatribas o acusaciones que le hicieron algunas son: “fue enemigo de la verdad y de la moral cristiana... Masón, liberal, ...propició el laicismo o indiferentismo religioso.”

⁴⁰ SARMIENTO, *Comentarios...*(5), p. 68.

⁴¹ Cfr. ASAMBLEAS CONSTITUYENTES ARGENTINAS, Textos seleccionados por Emilio Ravignani, Bs. As, Peuser, 1937, T. IV, pp. 489-490.

⁴² SARMIENTO, *Comentarios...*(5) p. 70.

Tratado de Amistad, comercio y navegación con Inglaterra, de 1825, que otorgaba a los súbditos británicos el derecho a profesar su religión sin cortapisas de los poderes públicos. Tratado que consideró fundamental, más allá de respetar las convicciones de los ingleses, por la necesidad de incorporarlos a nuestro país para que lo engrandeciera y trajeran sus hábitos de trabajo y producción. Seguidamente vuelve a reiterar que los derechos son para todos los habitantes del mundo.

Tangencialmente se refiere a las largas guerras de religión en Europa, propias de los despotismos que, incluso expulsaban a los que no creyeran en la religión oficial. Mientras que:

...los legisladores argentinos dejan a Dios, dice, el encargo de remediar los errores de su propia obra, pues errores de Dios suponen incautamente los que creen que Inglaterra, Los Estados Unidos y la parte más rica, moral, industriosa y civilizada del continente europeo, no tienen derecho como los demás pueblos de establecerse en la parte del mundo, en donde pueblos más felices que ellos en punto a creencias, embarazan la población y cultivo del suelo.⁴³

3. “Reducir” a los indios al catolicismo.

Por la atribución 15, corresponde al congreso promover la **reducción** de los indios al catolicismo. Esta atribución está conforme con la disposición fundamental que declara obligación del gobierno federal sostener el culto católico. Si alguna acción ha de ejercer el congreso sobre los indios para atraerlos a **la civilización**, si ha de servirse para ello de una religión, ha de ser aquella cuyo culto está obligado a sostener.⁴⁴

En este cambio de palabras, traduciendo **convertir**, como dice la constitución, por **reducir**, está explícito su pensamiento, aunque no sólo el de él, sino de toda una dirigencia política de su tiempo que se prorrogó hasta hoy con diferentes sujetos a los que se le niega todavía derechos. Se puede decir que en este aspecto, más que en otro pervive su pensamiento y el de aquella época. Pero no es una pervivencia sólo de ese momento histórico, esto es lo que muchas veces no se aclara, es establecer en el texto de una constitución que se dice que reconoce derechos naturales del hombre, que limita el poder del Estado para garantizar la libertad, entre otras, de culto, una normativa que se aplicó desde la conquista y colonización de América, desde que se preguntaron si “los indios tienen alma”. Era propia de la colonia, del Antiguo Régimen, como diría Tocqueville, de la que deseaban desprenderse como algo despótico, arcaico, otorgadora de derechos y fueros especiales, prohijadora de desigualdades según la condición de las personas y sin embargo, replicaban esas creencias, imaginarios, que sólo respondían a la ignorancia del otro. Como dice Levaggi:

Se asistía en esa época a una lucha entre dos ideas y dos sentimientos opuestos, originados en sendas concepciones antropológicas acerca del indio: la antropología optimista de raíz cristiana, acuñada en el siglo XVI, sobre la que reposaba la obra misional desarrollada desde entonces, aunque no exenta de excepciones, y la antropología pesimista, negadora de la unidad del género humano, debida al

⁴³ ÍDEM, p. 71

⁴⁴ ÍBIDEM, p.76.

positivismo en su intento de aplicación a la especie humana de la teoría evolucionista biológica de Darwin.⁴⁵

Porque, como dice Clavero:

El bloqueo es antes, mucho antes, cultural que político, de la propia cultura constitucional, una cultura incapaz de concebir la capacidad de otras culturas ni siquiera cuando procede a reconocerlas.

Aclarando que, si puede haber una cultura común es precisamente la cultura de los derechos.⁴⁶

Esto se conjuga con la idea de civilización en singular que utiliza Sarmiento, en la que la religión es una de las características básicas de las civilizaciones, dice Huntington⁴⁷. Y en el caso de los indígenas argentinos, no importa que los que propusieron esta cláusula fueran frailes, católicos, o masones, no creyentes, el mismo Sarmiento propone que otras religiones puedan también **civilizar** a los indígenas, en especial las otras ramas del cristianismo, en los que veía el sumun de la civilización. Propuesta consecuente sí, con su crítica al sectarismo colonial que no permitía el ingreso de una inmigración perteneciente a otras religiones a su territorio, pero inconsecuente con los indígenas.

Lo mismo cuando se refiere a la frontera con los pueblos indígenas. Conservan la idea de fronteras de la Colonia, una frontera interior, no se le ocurría a Sarmiento ni a la dirigencia de la época que era una ficción y, como dije en otro trabajo⁴⁸, el dominio lo ejercían los pueblos indígenas. Los cuales si nos atenemos a los cánones de la cultura occidental, diríamos que era otra nación, otro estado que así como se firmaban tratados con esos pueblos, la invasión y conquista que, en el 1880 se ejecutó, era lisa y llanamente, una usurpación de otra nación, de otro estado. Pero, como eran **salvajes e incivilizados**, casi infrahumanos, no se hacían estas consideraciones, sino que había que **reducirlos**, como fue después de la conquista con la institución de “reducciones indígenas”, sujetas a un protector de indios.

“El estado no estatuye, pues, sobre dogmas, sino sobre hechos y sobre rentas”⁴⁹, lo expresa a propósito del patronato, pero también se oculta en esta frase la idea de ocupación de tierras que se consideran baldías, desiertas, sin dueño, como también la imposición de una cultura, una civilización, a los indígenas

⁴⁵ LEVAGGI, Abelardo, *Las dos políticas indigenistas de Avellaneda y su época: Antropología cristiana y evolucionismo darwinista*, en Signos Universitarios, XV:30, Bs.As., Universidad del Salvador, 1996, pp. 240 y 242.

⁴⁶ CLAVERO, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América, Siglo XXI*, México, 1994, pp. 138-139.

⁴⁷ HUNTINGTON, Samuel P *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Bs.As., Paidós, 1997, p. 53. Hoy es más abundante la literatura que menciona el plural de las civilizaciones. También puede confrontarse a SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*, Bs.As., CLACSO, 2010,

⁴⁸ RAMELLA, *Una Argentina racista...*(14) p.133

⁴⁹ SARMIENTO, *Comentarios...*(5) p. 77.

“La educación del pueblo es la base de la constitución”.⁵⁰ Estrictamente esto se puede interpretar también como una idea civilizadora. Cuando la bibliografía elige un aspecto de las ideas y personalidad de Sarmiento hace hincapié en la educación. Cuando en las efemérides escolares se festeja a Sarmiento, sale a relucir una frase común cual es: **maestro de América**. Indudablemente el derecho de aprender y enseñar, del art. 14, no está expresamente interpretado por Sarmiento en esa precisa cláusula, sino que recorre toda la producción literaria del sanjuanino. “Educar al soberano” era la consigna esencial que se conjugaba con la soberanía del pueblo. Fue su lucha incesante, como dice el himno en homenaje a esta personalidad avasalladora.

Ahora bien, civilizar y educar ¿era lo mismo? Estrictamente no. Civilización es un sustantivo que indica el estadio cultural de una sociedad humana, su arte, su ciencia, ideas, costumbres, ya dadas, propias de esa sociedad. Civilizar utilizado como verbo igual que educar, es dirigir, encaminar, desarrollar las facultades intelectivas de la persona. Por ello, entendemos que no es lo mismo. El afán civilizador era para los bárbaros, salvajes, indígenas, gauchos, ya que no pueblo soberano, como vimos más arriba que sólo los comprendían las leyes ordinarias, no la Constitución. El indígena va a tener un protector, el niño, futuro soberano, tiene un maestro. Aunque estrictamente en ese afán educativo está la idea hegemónica de formar a todos en los principios propios de la civilización occidental, y en Sarmiento con la idea de inculcarle la cultura anglosajona, convencido que con ello se llegaba al progreso, de ahí las maestras estadounidenses que convocó.

Veamos cómo lo expresa directamente él, para que mi interpretación no se piense que es antojadiza.

Se llega hoy hasta atribuir a la raza sajona una aptitud especial para el gobierno libre, que se complacen en negarle a la latina... siglos de libertad garantida a la Inglaterra por sus Cartas..., han debido hacer hereditaria en aquella raza,...la aptitud para el gobierno libre. Pero la libertad moderna es un mecanismo de instituciones, un arte; y ese arte se aprende y la están aprendiendo todos los pueblos modernos, La Italia, la España, Austria, Bélgica, etc.⁵¹

Mezcla formas de gobierno con los climas, en forma parecida a Montesquieu y entiende que hay una relación, un determinismo, entre el clima, las condiciones sociológicas, como dice y el gobierno. Luego de esas definiciones, dice:

...nosotros tenemos otras bases de criterio, y son: que estamos a fines del siglo XIV, y en un extremo de la América; que los que gobernamos procedemos de una raza europea, cristiana, civilizada; que hemos a cumulado riquezas los unos, ciencia los otros, y tenemos desenvuelto por el ejercicio el sentimiento de la dignidad y de la libertad personal, como la aspiración al engrandecimiento, gloria y riqueza de la sociedad de que formamos parte. Estas condiciones especiales en que se halla afortunadamente la parte más influyente de la sociedad, no pueden ser modificadas

⁵⁰ Senado Nacional sesión del 27-7-1858.

⁵¹ SARMIENTO, *Conflictos y armonías...*(3) p.172,

por la incorporación en ella de razas inferiores, en cualquier extensión que sea, o de extranjeros que no se asocian al todo, para darnos un gobierno mixto entre blanco, negro e indio, mestizo, zambo o mulato, según resulta de la amalgama social de abyectos, de exaltados o indiferentes, de bárbaros, de ignorantes y de ilustrados, de libres, de libertos y esclavos al fin, porque de eso tratan las formas de gobierno.⁵²

Como se puede observar el reconocimiento de los derechos naturales eran para algunos, no para todos, la soberanía del pueblo se debía entender como la soberanía del pueblo ilustrado, la libertad, la propiedad, la vida misma, sin que fueran concientes absolutamente de estas diferencias, en ese esquema mental, en ese imaginario, no sólo de Sarmiento, sino de la dirigencia política argentina, por ese individuo ideal, no real, que crearon para poder igualarlo ante la ley, no percibían o estaban convencidos que debía ser así, que la constitución y la ley misma otorgaba derechos a unos y no a todos. ¿Pervive esta construcción mental en nuestros días?

¿Actualidad o no del pensamiento de Sarmiento?

“Comprender el pasado significa percibirlo en aquello que quiere decirnos como válido...La fusión con el horizonte del pasado es el tema de las ciencias históricas del espíritu.” (Gadamer)⁵³

Si festejamos el bicentenario del nacimiento de Sarmiento y aún con las críticas que se realicen al pasado, es porque de alguna manera nos vemos involucrados y comprendemos que pertenecemos a él. Por ello el epígrafe introduce este punto. Corresponde preguntarse si pervive o no la idea de los derechos del hombre tal como él lo concibió o existe una reformulación absoluta de la igualdad ante la ley, de la idea de individuo, del jusnaturalismo, del estado garante de esos derechos.

Esta cuestión pone en primer término, como dice Rossanvalon⁵⁴, un problema de orden filosófico, en general y del derecho en particular. El filósofo por cuanto se indaga sobre el conocimiento humano que abre el espectro a toda la epistemología de la ciencia, producto de un mundo en cambio, tanto en las perspectivas de abordaje de los problemas sociales y su consecuente irradiación a los derechos del hombre, como de la observación de la misma naturaleza. Desde el derecho, desde la ciencia política, la sociología, la antropología, precedidas por la física y la biología⁵⁵, en sus nuevas

⁵² IDEM, p.173

⁵³ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, t. 2, Salamanca, Ed. Sígueme, 1992, p.61.

⁵⁴ ROSANVALLON, Pierre, *La nueva cuestión social. Repensar el Estado Providencia*, Bs.As., Manantial, 2007, pp. 8 – 151. Hoy es el tema de los pobres, y como dice el autor, tienen derechos y son sagrados pero sólo son derechos naturales, no está concebido como derechos positivos, a la sumo en el Estado Providencia, como una “caridad legal”.

⁵⁵ No obstante ello, aunque la biología molecular al decir de JEROME LEJEUNE, *¿Qué es el embrión humano?*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, Madrid, Rialp, 1993, se aparta de los determinismos en que cayó el darwinismo social fundado en lo fenotípico y no en el estudio del genoma humano, James Dewey Watson, otro biólogo, descubridor en 1962 de la estructura del ADN y por ello Premio Nobel de Medicina, a diferencia de Lejeune dijo que “los negros no tienen la misma inteligencia que los blancos”, lo cual le valió la expulsión del Laboratorio Cold Spring Harbor del que era director. Eso demuestra la imposibilidad del hombre de salirse de esquemas mentales que pretenden excluir al

perspectivas, han puesto en duda los principios científicos en general y del derecho en particular. En este último caso la filosofía del derecho, Cárcova⁵⁶, de la filosofía sociológica, el ya citado Sousa Santos, y específicamente de la historia del Derecho: Hespanha⁵⁷, Garriga⁵⁸, Clavero⁵⁹, ven el ocaso de la concepción de esos derechos considerados individuales por los juristas de la modernidad, se cuestiona el uniformismo y universalismo jurídico y se propone un nuevo pluralismo, se desmitifica la idea del Estado, se lo considera que estataliza el derecho, tanto el liberal, como los sucesivas inflexiones que tuvo con los nombres de providencia, neoliberal y, sobre todo, ponen en tela de juicio el aislacionismo del derecho de las demás disciplinas sociales.

Por consiguiente, en ese aspecto epistemológico, vemos una inflexión importante respecto de los modelos jurídicos y sociológicos que sirvieron de fuente al pensamiento de Sarmiento. Si bien es cierto, como dijimos, que nuestro autor combina el derecho con la sociología, en una combinación reclamada por las nuevas perspectivas, todo su ideario está fundado en certezas, en regularidades, en universales, que es precisamente lo que hoy está cuestionado en todas las disciplinas. Estos nuevos enfoques resaltan, que todo sistema normativo, es una creación histórica, no un fenómeno natural, por lo tanto se alejan del jusnaturalismo, como de ese hipotético estado de naturaleza como fundamento último del derecho⁶⁰. Precisamente hoy, los derechos indígenas o el embrión, en que todavía no está muy definida su incorporación a los derechos humanos, han impulsado la redefinición de conceptos hasta entonces considerados inmutables.

No ocurre lo mismo en la aplicación concreta de los derechos reconocidos, ni en la jurisprudencia ni en el imaginario social, que está dominado por un ideal similar. Así como Sarmiento le fue imposible desprenderse totalmente, por más que fuera su deseo,

diferente. Por ello, aún entendiendo que su descubrimiento revoluciona la biología, considera que no alcanza a la psicología.. Cfr. La entrevista realizada por Diario “La Nación” de Buenos Aires, Domingo 12 de febrero de 2010, Sección Ciencia y Salud, p. 23.

⁵⁶ CÁRCOVA, Carlos María, *Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho*, Bs.As., Febrero de 2000.

⁵⁷ HESPANHA, Antonio M., La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.329. Dice sobre el derecho, es una “*construcción jurídica que empobrece y falsifica lo real (...) la capacidad que tiene el derecho para enmascarar y eufemizar el contenido irreductiblemente político de los conflictos sociales.*”

⁵⁸ GARRIGA, Carlos, “Orden Jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”, en ISTOR, Revista de Historia Internacional, Año V, N°16, 2004, p.3. Destaca en el derecho un universal antropológico en el que conviven el hombre del pasado con el hombre del presente Y que ese orden jurídico legalista fue inaugurado por las revoluciones burguesas, el que denomina paradigma estatalista, y tuvo el éxito de presentar como naturales sus propias categorías culturales.

⁵⁹ CLAVERO, Bartolomé, Derecho indígena ... (44) pp. 138-139. El conocimiento de las culturas, dice, “*debe caber para que pueda existir una cultura común, la cultura de los derechos. Es así un entendimiento de carácter precisamente jurídico y no científico.*” Cfr. También su artículo: “Guaca constitucional: La Historia como yacimiento del Derecho, en ISTOR, Revista de Historia Internacional, Historia y derecho. Historia del Derecho, 2004, Año V, N°16, 2004, ps. 169-171 y 176.

⁶⁰ Cfr. KROTZ, Esteban (Ed.), *Antropología Jurídica: Perspectivas socioculturales en el estudio del Derecho*, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, 2002. Escriben, Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Guillermo de la Peña, Francisco Piñón, María Teresa Sierra, Rodolfo Stavenhagen, Marcela Suárez, Javier Torres Nafarrate, Roberto Varela, Luis Villoro)

del pasado colonial al que consideraba que había quedado estancado en el siglo XIV, así mismo nosotros, en el siglo XXI, seguimos sintiendo la pesantez de la historia y de las instituciones jurídicas, como diría Foucault⁶¹, que nos impide desprendernos de la concepción antropológica que dominaba al pensamiento de nuestro autor. Es un largo proceso que por momentos pareciera que nos desprendermos de ese pensamiento, pero sin expresar en forma límpida lo que ocultamos. Como sostuve en otro artículo, el nuevo sistema es una reacción y una consolidación del anterior. El hombre, el jurista no crea algo totalmente distinto a lo conocido sino, a lo ya establecido, lo adapta a nuevas corrientes filosóficas, a diferentes circunstancias y situaciones socioeconómicas.⁶²

Decimos esto porque percibimos detrás de las palabras cuando nos referimos a los indígenas, a los pobres, a las mujeres, al niño por nacer, a los inmigrantes latinoamericanos o de otros pueblos más distantes, cierta reminiscencia del pensamiento decimonónico. Algunos ejemplos nos servirán de reflexión sobre lo que decimos:

a. Los indígenas con la reforma de la Constitución en 1994, adquieren un estatus jurídico diferente al resto de los ciudadanos, en tanto se les reconocen notas características del concepto de nación, tales la aceptación de su lengua, de su territorio, del derecho a la propiedad comunitaria, a conservar las tierras que ancestralmente han ocupado, se les otorga o reconoce, habría que analizarlo mejor, derechos como pueblo y no como individuo. Indudablemente en la letra de la Constitución hay una ruptura con el antiguo artículo 67, inc. 15 y con el pensamiento civilizador de Sarmiento y se podría pensar que se ha modificado substancialmente. Sin embargo, la doctrina que, en consecuencia de esos derechos surgió, como la jurisprudencia que se expidió ante reclamos concretos de la aplicación de dicha cláusula, como de los convenios y tratados internacionales incorporados a la Constitución, o ratificados por Argentina, tales el Convenio 169 de la OIT, nos advierte, primero, de la dificultad de los juristas de salirse del sistema apropiativo de la Constitución de 1853-60 y del Código Civil, en especial en lo referente a la propiedad comunitaria. En segundo lugar de respetar, como decía el sanjuanino, los tratados firmados por Argentina, en especial la noción de consulta que, por el Convenio 169 de la OIT, corresponde. Los fallos, en su mayoría, sobreestiman las decisiones del Estado por sobre la consulta. Algunas palabras y frases nos advierten de la pervivencia del pensamiento de nuestro autor.

La doctrina tiene tan arraigada la idea de una nación, de la igualdad ante la ley, de ese individuo abstracto, de la propiedad privada, que le cuesta entender a la persona gregaria, con derechos comunitarios, no individuales y considera que ese artículo 75, inc. 17, no tuvo sentido y otorga **privilegios a ciudadanos** sobre los demás habitantes

⁶¹ FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas, una arqueología de las ciencias humanas*, Traducción Elsa Cecilia Frost, 26ª ed., México, Siglo XXI, p. 357. "...La burguesía volvió a encontrar, en el calendario de su victoria, el espesor histórico de las instituciones, la pesantez de los hábitos y de las creencias, la violencia en las luchas, la alternancia de los éxitos y de los fracasos."

⁶² Cfr. RAMELLA, S.T., "La desigualdad en el orden de la igualdad jurídica", en *Actas de Derecho Indiano*, Estudios II, XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, San Juan de Puerto Rico, Asamblea Legislativa de Puerto Rico, 2003, p.1063.

(Dalmazzo⁶³), que no es **operativa**, salvo en la caracterización de una propiedad inalienable, intransmisibile, no susceptible a embargos y gravámenes (Ekmedjian⁶⁴), que “se estaría admitiendo la existencia de **otra Nación**, dentro de la Nación Argentina (es) la imposición de una situación enojosa e **inequitativa**” (Segovia⁶⁵), citando a algunos de los muchos que piensan igual. Es la idea de que los indígenas son ciudadanos argentinos y, por lo tanto iguales a todos. Ya no les llaman incivilizados, bárbaros, miserables, sino se suponen ya **civilizados** o lo que sería parecido, son ciudadanos. Es una forma de eliminarlos también, al aplicar, diría Foucault⁶⁶, la historia o los derechos de lo mismo a la historia y los derechos de lo otro. Es más sutil la discriminación, menos conciente que Sarmiento, no observan, diría Clavero⁶⁷ que la constitución es un palimpsesto en la que se fueron superponiendo diferentes figuras jurídicas, tanto en el siglo XIX como en el XX.

Pero también están aquellos que intentan aproximarse a considerar que es otra figura jurídica que convive con la anterior, pero no por ello la invalida, ni la hace no operativa. Así lo piensan Alterini, Corna, Vázquez y califican la propiedad comunitaria como un derecho real autónomo, que se ejercita en relación directa con las tierras.⁶⁸

En las sentencias ocurre lo mismo. Algunos casos mostraran la dicotomía que se les presenta a los jueces, en el mismo sentido que la doctrina. No nos referiremos acá a la jurisprudencia anterior a la reforma aunque en ella, como lo demuestra Cesano⁶⁹, es igual a la interpretación de Sarmiento

⁶³ DALMAZZO, Omar Antonio, *Manual de Derecho Constitucional. Constitución de la Nación Argentina Comentada y Anotada*, Instituto Browniano, Presidencia de la Nación. Secretaria de Cultura, Bs.As., 1998, pp.593-594,

⁶⁴ EKMEDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional, Constitución de la Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*, Tomo IV, Bs.As., Ed. Depalma. 1997, pp. 532-534.

⁶⁵ SEGOVIA, Juan Fernando y Gonzalo, “La protección de los indígenas”, en AA.VV., *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, Bs.As., Depalma, 1995, p. 334.

⁶⁶ FOUCAULT, Michel, *Las palabras...*(59) p. 9, “¿A partir de qué a priori histórico, ha sido posible definir el gran tablero de las identidades claras y distintas que se establece sobre el fondo revuelto, indefinido, sin rostro y como indiferente, de las diferencias?” Parafraseándolo, porque él se refiere a la locura, no a los indígenas, diría que la historia de los indígenas es la historia de lo Otro, lo que es extraño e interior a la vez, por ello hay que excluirlo, encerrarlo, para suprimir la alteridad.

⁶⁷ CLAVERO, Bartolomé, “Guaca constitucional:... (57) pp. 169-171 y 176. “Las constituciones –dicen no son textos planos, sino palimpsestos arqueológicos, verdaderas guacas. Necesitan, no el miramiento ingenuo del jurista, sino la malicia experimentada de la historiografía. La misma división característica de poderes que se tiene por garantía de libertades –el legislativo, el ejecutivo y el judicial– cae entonces bajo la sospecha de que sea, ante todo, el despliegue del apoderamiento mismo del Estado frente a pueblos”.

⁶⁸ ALTERINI, Jorge H., CORNA, Pablo, VÁZQUEZ, Gabriela, *Propiedad Indígena*, Bs.As., ED de la Universidad Católica Argentina, 1ª Ed., 2005, ps. 147 –192. En forma similar, lo expresan QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel Ángel, CENICACELAYA, María, *Derecho Constitucional Argentino*, Santa Fe, Rubinal-Culzoni, Editores, 2001, T. I, pp. 323-340.

⁶⁹ CESANO, José D., *Imaginarios antropológicos. Discurso judicial y cuestión indígena (Argentina 1887-1969)*, 1ª Ed., Córdoba, Ed. Brujas, 2010, p. 37. Como ejemplo de esa interpretación, cita el fallo del juez Risolia, referido a la capacidad jurídica de los indígenas, que dice: “dicha norma ... sólo apunta al trato colectivo con el indio, en tanto resista las instituciones de la República y comprometa la paz interior;

El primer caso es “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otros S/ Desalojo”⁷⁰. El juez Emilio Riat, hace toda una disquisición respecto de los dos tipos de propiedad que están normados en la Constitución: la privada y la comunitaria, y entiende que la última es “una categoría jurídica nueva que requiere...adecuación normativa” pero, fundado también en el Convenio 169 de la OIT, entiende que “la Constitución tiene un *mandato operativo, categórico e inequívoco*” sobre la ocupación tradicional y comunitarias de las comunidades indígenas. Finalmente expresa:

...el derecho objetivo ha cambiado y exige que el problema indígena se resuelva ante todo con las nuevas normas de derecho público dictadas a propósito supletoriamente, con las viejas normas del derecho privado.

Lo cual advierte las dificultades que tuvo que enfrentar el juez para proteger este derecho comunitario sobre el individual. Cabe destacar que en un aspecto coincide con Sarmiento, y es que Argentina no puede violar los compromisos internacionales ratificados. Así como Sarmiento alegaba por el compromiso asumido con Inglaterra, el Juez Riat, también da importancia al Convenio de la OIT ya ratificado.

Hay otras sentencias en las que también se resuelve a favor de los pueblos originarios y si bien se menciona la Constitución lo resuelven según una mentalidad civilista, privada, sobre la posesión veintañal más que pública como el anterior y en algunos casos, con términos que inducen a pensar en una cierta descalificación⁷¹. De algún modo también nos remite a Sarmiento en tanto las leyes ordinarias eran para ese tipo de gente y no la Constitución.

Otro caso sobre inconstitucionalidad, es el referido a la omisión del gobierno provincial por no consultar debidamente a los pueblos indígenas, por la ley que ordenaba erigir un

porque incorporados a la vida nacional e individualmente considerados, no cabe duda que son para nuestra Ley Suprema personas con todos los derechos civiles y políticos propios de la condición de ciudadanos y habitantes.” p. 37

⁷⁰ Motiva la demanda de desalojo la extinción de la relación laboral que había mantenido Ernesto Sede, ya fallecido, con la familia Vila que pertenecían a la comunidad indígena Kom Kiñe Mu, de la reserva Ancalao. Los demandados alegaron tener derechos ancestrales a la propiedad comunitaria amparados por la Constitución Nacional y, que de no aceptarse ello, tenían títulos por prescripción veintañal. Por esas razones, el Juez Riat, rechazó la demanda. Se debe decir que la propiedad en cuestión está situada en la región Patagónica, recién ocupada por el Estado Argentino después de 1880. (Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N° 5, 3ª Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, Bariloche, 12-8-2004).

⁷¹ Cfr. : “Comunidad aborígen de Quera y Aguas Calientes – Pueblo Cochinota v. Provincia de Jujuy, P/ Ordinario (Prescripción Adquisitiva)” Expediente N°: B-36.559/98; Cámara Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy, Sala 1ª, 14/9/2001; JA 2002-III-702. 2ª Instancia.- San Salvador de Jujuy, septiembre 14 de 2001 (www.bioética.org consulta 9/2004. Y “Guarda Fidel s/Usurpación”, Expediente N° 428/04, Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional N° II. Secretaría N° IV; San Carlos de Bariloche, 10 de noviembre de 2004, en este sobre todo se encuentra una especie de menosprecio a los valores alegados por los demandantes.

municipio en su territorio. El Tribunal consideró, con cita de argumentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁷², que:

...los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución Nacional tienen igual jerarquía, por lo que la interpretación de ésta debe armonizarlas, ya sea que versen sobre los llamados derechos individuales o sobre atribuciones estatales. El Tribunal entendió que la Constitución “es una estructura coherente y, por lo tanto, ha de cuidarse en la inteligencia de sus cláusulas, de no alterar en este caso el delicado equilibrio entre la libertad y la seguridad (...) debemos poner de resalto que efectuando una interpretación armónica e integradora de los distintos derechos emergentes de las cláusulas constitucionales en aparente tensión, este Cuerpo concluye que no advierte prima facie la violación de la garantía constitucional que los accionantes invocan.”⁷³

En los términos del fallo “**igual jerarquía**” de los derechos, una “**estructura coherente**”, “*aparente tensión*” y “**armonización**”, se advierte el conflicto que produce las distintas generaciones de derechos que se van incorporando a la Constitución, o mejor dicho a este palimpsesto constitucional. El Tribunal lo resuelve, avalado por la Corte Suprema, sobreestimando, a nuestro juicio, las atribuciones estatales por sobre los derechos de los pueblos indígenas. La interpretación se inclina más hacia el orden igualitario de la originaria constitución que al de las diferencias contenidas en la última reforma.

b. De los gauchos a los obreros. De las clases sociales a los sin clase e indigentes. De las *leyes ordinarias* a las prestaciones universales

Hasta muy avanzado el siglo XX y podría decir hasta hoy, prácticamente está intacta la concepción antropológica de Sarmiento respecto de los sectores sociales más humildes, cambian algunos epítetos, no se hablan de salvajes, de bárbaros, ni incivilizados, pero sí de **inconscientes**, **chusma**, **cabecitas negras**, **lumpenproletariat**, **masa**, **indigentes**, de **negros**, refiriéndose a nuestra población básica, a nuestros criollos, a los nacidos en esta tierra, como a los inmigrantes de países limítrofes, con el nombre de **paraguas**, **bolitas**, **perucas**. Se podrá decir que este puede ser el imaginario social, pero no se expresa en el derecho, ni en las instituciones y evidentemente no se expresa literalmente, pero si se observan los discursos de los convencionales o legisladores que sancionaron las reformas constitucionales o la legislación veremos que pervive ese ideario. Se oculta esos epítetos con otro vocabulario, pero finalmente en la aplicación concreta es similar.

En las convenciones de las dos reformas que se hicieron a la Constitución de 1853, en 1949 y en 1957, bajo la idea dignificadora del trabajo, de los obreros, de su desarrollo personal y familiar, detrás de la idea igualadora de los derechos sociales, subyace una cierta descalificación en los términos utilizados por los convencionales de cualquier tinte político o ideológico si no igual que Sarmiento, próximo a él. Se considera en la

⁷² Cfr. Fallos 264-94 y 302:60

⁷³ Cfr. “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/Provincia de Neuquén s/Acción de inconstitucionalidad”, Expediente N° 1090 – Neuquén”, I

Convención de 1949 que en la miseria al hombre “*le resulta difícil la virtud*” (Sampay); la **masa** “*comprende oscuramente*” los principios de la libertad (Valenzuela)⁷⁴. En la de 1957, prevalece como dice Sábato, el insulto, “*la han calificado de chusma, de cabecitas negras, de descamisados; ya que todos estos calificativos fueron inventados por la izquierda antes de que maquiavélicamente el demagogo los empleara con simulado cariño*”. En efecto en la Convención se decía “*inconsciencia de la masa paupérrima*” (Palacios), “*masa obrera*”, se distingue a los peones de campo del proletariado porque éste pertenece a una clase social bien definida y se supone que es el “*verdadero proletariado*”, pero los otros no, según Luis Sgrosso. Y, como dice Luis M. Jaureguiberry en forma muy similar al sanjuanino:

...lo civil -dice- implica un criterio legal o legislativo, lo social implica un criterio institucional. El código Civil es el código del patrón y del propietario, el código social será el del trabajador y del ocupante.⁷⁵

Es el momento en que la clase social tienen preeminencia sobre el individuo y en el fondo anula a la persona, la masifica, de ahí el nombre de masa, como también la denominaba Sarmiento, pero además en cuanto algún sector obrero no responde a las idealizaciones y caracteres que suponen tiene esa categoría, los descalifican.

Hoy el problema se presenta en forma más sutil. Los tratados y convenciones internacionales combaten la discriminación tales: la Convención Americana y la Declaración Universal de Derechos Humanos que proclaman los derechos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento. De esta forma nadie se anima a poner epítetos, como hacía Sarmiento, a ningún grupo social por temor a ser penado por ello, a lo sumo los califican de indigentes.

No obstante, sin calificar a determinados sectores sociales, podemos decir que existe una minusvaloración de los mismos. Varias cuestiones se plantean acá. En este mundo en cambio profundo que no se alcanza a vislumbrar qué es lo justo, qué derechos corresponden a los hombres y quienes son hombres⁷⁶ y que como tales, tienen derechos diferenciales, no iguales.

⁷⁴ DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, EN PRESIDENCIA DE LA NACION, *La reforma de la Constitución Nacional*, Bs.As., 1950, T.II, ps. 354 y 374.

⁷⁵ DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, Año 1957, Tomo I , Bs.As., Imprenta del Congreso de la Nación, 1958, T.II, ps. 1220, 1259, 1310. Como decía COCCA, Joaquín *Derecho burgués y derecho obrero*, Bs.As., Centro Editor de América Latina, 1985, p.24 “*pretenden poseer la ciencia del derecho inmanente, absoluto y universal, cuando en verdad es que en una organización social como la burguesa, dividida en clases y en castas con intereses distintos y opuestos, cada uno de éstos se expresa por medio de un derecho propio que niega y excluye el de las clases antagónicas*” . Me remito también a otro trabajo RAMELLA, S.T., “La concepción antropológica del derecho del trabajo en el constitucionalismo social del Siglo XX”, en prensa en la Revista del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho., 2010.

⁷⁶ No deseo caer en el error semántico y gramatical de decir hombres y mujeres, porque en todo caso, si quisiera distinguir, diría varones y mujeres, porque hombres se refiere a la especie humana y comprende a ambos sexos.

Desde varias perspectivas es analizado y se preguntan ante los derechos si desde la multiculturalidad se puede obtener el equilibrio entre derechos individuales y colectivos, entre los derechos económicos y sociales juntamente con los deberes sociales. (Sousa Santos)⁷⁷. También se pregunta si las prestaciones universales, como forma de integración social, o inserción, no modifica el concepto de derecho cuando en vez de un derecho individual, supuestamente universal, es condicionado a alguna que otra prestación, y si con ello se vuelve a prácticas de la caridad legal, si se desplaza la universalidad, que concibió los derechos formales y:

Sustituye una universalidad abstracta de medio por la búsqueda de una equivalencia práctica de resultado... integra el hecho de que algunos individuos se encuentran en situaciones singulares, y, por lo tanto deben ser tratados particularmente para lograr una verdadera equidad”. Entonces se lo compara con el Antiguo Régimen, en el cual “Las políticas sociales eran entonces indisociablemente tutelaje de los pobres, ya que la toma a cargo de los individuos se acompañaba necesariamente de su regimentación. (Rosanvallon)⁷⁸

Hoy también se habla del fin del trabajo⁷⁹ y como digo en otro artículo⁸⁰, en realidad, es el fin del trabajador, suplantado por la tecnología, la robotización y por la virtualidad del trabajo, por ende muy lejos de la protección sindical, incluso de la idea de clase social, ni del Estado providencia porque, ante la desocupación que eso genera, lo transformó por prestaciones universales que, encierran otra forma de control, bajo la aparente idea integradora e igualadora.⁸¹ Cabe la pregunta ante esas prestaciones, si realmente tienen por finalidad la integración o inserción social de los pobres y erradicar definitivamente la pobreza, o solamente, es una dádiva con sujeciones que no pretende terminar con ese flagelo, sino solamente aquietarlos, tal como fueron en la colonia las encomiendas, o posteriormente las reducciones de indígenas, con su protector. ¿No es otra forma de servidumbre como antaño o peor de eliminación de la problemática que plantea hoy la idea del trabajo? Sarmiento tenía dos consignas: educar al soberano y traer inmigración para que enseñaran a trabajar y se iniciara el progreso. Si bien las prestaciones exigen como correspondencia la escolarización de los hijos de los beneficiarios de ella, no es lo mismo que prepararlos para el trabajo y otorgarles las herramientas que hoy exige la nueva tecnología del trabajo, como verdadera forma de integración social, porque sino supone una forma de exclusión del mundo laboral⁸².

⁷⁷ SOUSA SANTOS, Boaventura, *Descolonizar Occidente...* (27)., p.105.

⁷⁸ ROSANVALLON, Pierre, *La nueva cuestión social*., (52), p. 162.

⁷⁹ Entre otros varios autores se puede confrontar a: RIFKIN, Jeremy con su libro “El fin del trabajo” de 1995, que inaugura el debate. BECCARIA, L. y LÓPEZ, N.. *Sin trabajo. Características del desempleo y sus efectos en la sociedad argentina.* . Bs. As ,UNICEF-LOSADA, 1997. GORZ, André. *Metamorfosis del trabajo. Búsqueda del sentido. Crítica de la razón económica.* Editorial Sistema. Madrid. 1997. Eckholt, Margit y Michelini, Dorando, Editores, *El trabajo y el futuro del hombre. Reflexiones sobre la crisis actual y perspectivas desde la encíclica Laborem Exercens*, Bs.As., San Pablo, 2006.

⁸⁰ RAMELLA, S.T., *La concepción antropológica...*(73).

⁸¹ ROSANVALLON, *La nueva cuestión social...* (52), p.174

⁸² Cfr. ORTÍZ, Gustavo, “Crisis estatal, desafiliación de los sujetos sociales a la estructura socio-política laboral y retracción de los derechos ciudadanos”, trabajo inédito, elaborado para el proyecto de la SECYTP, U.N.Cuyo, *El trabajo en las coyunturas de los cambios paradigmáticos de ayer y de hoy*,

La pregunta sobre quiénes son los sujetos de derechos y quiénes no, sigue presente en los casos que brevemente he mencionado, pero fundamentalmente en los niños por nacer. En la misma forma que Sarmiento decía que no había que ahorrar sangre de gauchos, ahora se podría decir que no hay que ahorrar sangre de niños por nacer, en especial si son pobres. Así como en la campaña al desierto, tampoco se ahorró sangre de indígenas, creyendo que era el derecho de los civilizados a eliminar a los bárbaros y salvajes, así también se presentan proyectos de ley para despenalizar el aborto, considerando que es el derecho de las madres pobres, sobre todo, porque sufren o mueren por abortos clandestinos, además de estar excluidas de bienes materiales y culturales, tal como dice uno de los proyectos de ley⁸³.

Por lo tanto se pide reformar el Código Penal, pensando, tal vez cómo Sarmiento que las leyes ordinarias son para los pobres, pero no la Constitución, que expresamente al adherir a los tratados internacionales, en especial al Pacto de San José de Costa Rica, concede al embrión, derecho a la vida desde su concepción. En esto difieren de nuestro autor, en tanto él decía que los tratados firmados había que honrarlos, en un tiempo que solamente eran leyes supremas, no constitucionales como es el caso de este Pacto mencionado como todos los otros tratados de derechos humanos.

El proyecto de ley considera que hasta las doce semanas de gestación es legítimo abortar, porque en ese lapso todavía no son personas sujetos de derecho, un día después sí lo son. Realmente la irracionalidad de semejante idea es similar a la pregunta que se hicieron los conquistadores sobre los indígenas, si tenían o no alma o eran cosa como los esclavos. En este caso, el embrión que tiene, en pequeño, todos los caracteres de ser humano, los diputados los consideran cosa, ni siquiera le conceden el estatus de los indígenas que, como incapaces relativos de hecho, o menores, estaban sujetos a servidumbre, pero tenían derecho a la vida, al menos. Cabe la pregunta, dado que está

2009-2011, en prensa. En entrevistas que realiza a los pobladores de una villa de emergencia, denominada Barrio Papa, los mismos beneficiarios se quejan de la imposibilidad de acceder a un trabajo digno, dado el impedimento para cobrar las asignaciones universales, si tienen un trabajo formal.

⁸³ Proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados/as el 28 de mayo de 2007, por diputados pertenecientes a diferentes partidos y que auspician la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal Seguro y Gratuito, que al perder el estado parlamentario fue vuelto a presentar el 16 de marzo de 2010. (Expediente 0998-D-2010). Ellos son: Juliana Di Tullio (FPV), María Luisa Storani (UCR), Miguel Barrios (PS), Cecilia Merchan (Libres del SUR), Marcela Rodríguez (CC), Héctor Álvaro (FPV), Adela Segarra (FPV), (SI)lvia Storni (UCR), Nélida Belois (Proy. progre(SI)sta), Claudio Lozano (SUR), Fabián Peralta (GEN), Verónica Benas (SI), Fernanda Gil Lozano (CC), Lisandro Viale (PS), Mónica Fein (PS), Alicia Ciciliani (PS), Liliana Parada (SUR), María Josefá Areta (Frente de todos), Adriana Puiggrós (FPV), Néstor Hugo Castañón (UCR), Horacio Alcuaz (GEN), Victoria Donda Pérez (Libres del SUR), Gerardo Milman (GEN), Silvana Giudici (UCR), Fernanda Reyes (CC), Hector Recalde (FPV), Martín Sabatella (NEPyS), Vilma Ibarra (NEPyS), Carlos Heller (NEPyS), Ricardo Cu(CC)ovillo (PS), Roy Cortina (PS), Jorge Rivas (NEPyS), Ariel Basteiro (NEPyS), Adriana García (Peronismo federal), Lorena Rossi (Peronismo federal).

destinado a las mujeres pobres, por ello es gratuito, como dicen los fundamentos del proyecto, si lo que realmente se oculta es la eliminación de este grupo humano, y no en darle una real protección a sus necesidades y una verdadera integración laboral.

Consideraciones finales

“El trabajo humano, lejos de ser exclusivamente un instrumento de subsistencia, constituye un medio de humanización. Es por esto que tanto el derecho a trabajar como el derecho a poder hacer uso de los frutos del trabajo tienen que ser considerados derechos humanos en el pleno sentido del término.”
Michellini⁸⁴

Sarmiento fue un hombre brillante que supo captar los signos de su tiempo y sin ningún eufemismo expuso su pensamiento con una claridad meridiana. Se podrá o no estar de acuerdo con él, pero ubicado en su tiempo, se advierte cómo supo conciliar esos principios que, en ese entonces comenzaban a vislumbrarse como universales, progresistas, centrado en un individuo sujeto de derecho, pero no corporizado, ni real, que lograrían acabar con el despotismo, los privilegios que habían estado congelados durante todo el período colonial y durante los primeros años de la Revolución de Mayo. De esa forma lograría el reconocimiento de los derechos para la gente ilustrada, con lo cual se alcanzaría el progreso del país. Nadie en su época se preguntaba si era justo, si realmente había igualdad ante la ley. Su afán fue establecer instituciones perdurables, legítimas, respetables, si bien no para todos, aunque sí dándoles la oportunidad de educarse, como él, en ese pensamiento, para finalmente organizar la república. Lo que no pudo vislumbrar es que en medio del progreso de ese capitalismo darwiniano, fue la perpetuación y la profundización de la miseria y la exclusión.

Las idealizaciones de Sarmiento y de su tiempo, sobre los derechos del hombre, no lograron tampoco destruir los despotismos, ni la violación de los derechos de las personas y se empieza a percibir que no solamente la gente educada es sujeto de los derechos consagrados en la constitución, sino toda persona cualquiera sea su condición social, ideológica, política, religiosa, étnica, racial, etaria, etc. Que los derechos no son sólo personales, o individuales, sino grupales, de los pueblos, y que se deben respetar, por los estados y por toda persona, como lo exigen los tratados internacionales y la constitución.

Ese es un planteo de la filosofía del derecho, de las nuevas perspectivas de la historia del derecho, pero todavía no internalizado en la dirigencia política, ni en los juristas que deben interpretar estas nuevas realidades jurídicas, o de los legisladores que deben normar en el derecho interno los tratados que hemos ratificado.

Se concibe más en el planteo epistemológico que en el respeto concreto y real de los derechos humanos. Todavía no se dirime bien a quiénes protegen los derechos humanos. Pervive la idea de que son para algunos y no para todos los que tienen

⁸⁴ MICHELINI, Dorando, “Crisis del trabajo y ética. El futuro del hombre desde la perspectiva de una ética de la corresponsabilidad solidaria”, en ECKHOLT, Margarit y MICHELINI, Dorando, *El trabajo...* (76) p. 29.

condición de seres humanos. Falta una mente brillante como la de Sarmiento que logre vislumbrar los nuevos tiempos y las secuelas que dejó esa idea de progreso y spenceriana.

Hoy el imaginario social como el derecho, el discurso jurídico de los constituyentes y legisladores está enfocado hacia los derechos humanos, con las limitaciones que señalo y que bien apunta Micheliní en el epígrafe. Pensar que el tiempo es estático, reversible y que por ello, debemos rescatar a Sarmiento en su ideario, es alejarnos del mismo Sarmiento que vio los cambios de su época. Hoy pensamos en el hombre como Sarmiento, o peor que él, a los pobres, a veces caridad, no derechos que realmente logren su integración social, trabajo, estudios que lo inserten en los nuevos sistemas de producción.

Lo que no podemos llegar a comprender es al **otro**, al distinto, ya sea por su cultura, su edad, su situación social, porque seguimos pensando en el homo oeconomicus y no en el hombre en sí, cualquiera sea su condición. Y el **otro** nos interpela y exige respuestas que pueden o no ser correspondidas, pero que es necesario reflexionarlas dejando atrás las preguntas tradicionales del mundo epistémico de la modernidad, porque ese mundo no nos deja verlo, nos enseguece.

